VI.

Auch etwas über das qualifizirte Geständniß. Mit Bezug auf die Abhandlung von Hrn. Professor Dr. Gesterding in diesem Archiv. Bd. 2. Nro. XVIII. S. 217 f.

Von dem
Dr. Sommer, Advokaten zu Kirchhundern.

Nebst einem Zusatz
von Gensler.

Das Aufstellen einer recht verkehrt scheinenden Behauptung wirkt zuweilen eine wohlthätige Erschütterung in der Wissenschaft. Für ziemlich verkehrt wird man aber den Satz halten: „Das qualifizirte Geständniß ist ganz anzunehmen, oder ganz zu verwerfen, ohne Rücksicht auf capita *connexa*, oder *separata*.“

Keineswegs bestreite ich Gesterdings Behauptung: daß der Kläger nicht verbunden sey, zu erweisen: der Vertrag sey ohne Bedingung geschlossen. Denn das Nichtbedingtseyn gehört zu den Naturalien der Verträge, und die Abwesenheit des accidentale, der Bedingung, braucht kein Kläger zu erweisen. Damit ist aber noch gar nicht, wie Gesterding glaubt, die Frage über das qualifizirte Geständniß entschieden. Es ist ein Irrthum Gesterdings, und so mancher andern, daß sie die Folgen des qualifizirten Geständnisses mit den allgemeinen Grundsätzen der Beweisführung zu sehr verweben und verwechseln. Es klagt A** gegen den B** auf Vollziehung eines Eheversprechens. B** erwiedert: er verneine das Eheversprechen. Er setzt aber hinzu: im Fall der Kläger seine, des B** Behauptung, „daß beim Eheversprechen die ... Bedingung (z. B. Einwilligung der Mutter) vorbehalten worden sey, als erwiesen annehmen wolle, soll auch vergleichsweise das Eheversprechen gestanden seyn. Was liegt hierin? Offenbar 1) eine Ableugnung der Klage, 2) ein Vergleichsantrag. Der Kläger kann hierauf nun zweierlei erwiedern. Entweder a) nimmt er den Vergleichsantrag an. Nun so muß er den Vorbehalt der Bedin-

gung — sey sie aufschiebend oder auflösend — als erwiesen betrachten, und kann nur mit dem Gegenbeweise, daß die Bedingung nicht vorbehalten worden sey, dagegen aufkommen. Ob er sonst nach den Regeln des Prozesses zu diesem Beweise verbunden oder nicht, ist sehr gleichgültig; denn der Prozeß ist hier außer der Regel; er nimmt eine conventionelle Natur an, und der Richter, welcher, wie hier vorausgesetzt wird, nach der Verhandlungsmaxime verfährt, kann die Transactionsbefugniß der streitenden Theile, so wie über das Ganze, so auch über einzelne Theile des Verfahrens, nicht aufheben. Oder b) der Kläger erwidert: daß er diesen partiellen Vergleichsantrag nicht annehme. Dann steht die Ableugnung der Klage fest, und Kläger muß daher seine Klage beweisen, keineswegs aber das Nichtseyn der im Vergleichsantrage vorgebrachten Behauptungen. Dem Beklagten wird sodann sowohl der direkte Gegenbeweis, als auch der Beweis seiner im Vergleichsantrage erwähnten Behauptungen, frei stehen.

Ich wüßte nicht, was ich zur Begründung dieser Aussprüche zusetzen sollte. Der Kläger, behaupte ich, soll seine Klage beweisen, obgleich der Beklagte die derselben zum Grunde liegenden Thatsachen schon bedingt eingestanden hat. Das scheint sonderbar! Aber was geht das den Richter an? Darf er die Herzen und Nieren erforschen? Genug, wird des Beklagten Bedingung vom Kläger nicht angenommen, so ist kein Geständniß des ersten vorhanden. Auch kann ja der Beklagte selbst das Unwahre bedingt gestehen — er kann sogar das Wahre leugnen. Wer will dieses von Außen verhindern? — Aber wie wenn der Kläger dem Beklagten über die nackte Thatsache der Klage den Eid zuschiebt [1]? Wohl, der Beklagte muß nun schwören! Mag er sich aber mit seinem Gewissen berathen, wie weit die Theorie der Moral, ne juramentum sit vinculum iniquitatis, ihn zum Abschwören des wörtlich wahren, aber in der Sache selbst nach der Totaleinsicht falschen, Thatumstandes berechtige, und wie viel dagegen die die Kraft des Eides bildende heilige Scheu, welche mit der ernsten Formel durch reservationes mentales zu spielen nicht gestattet, auf sein Gemüth vermöge. Des weltlichen Richters Reflexionen reichen so weit nicht. Er verlangt den Eid über die Eidesformel, macht den Delaten, nach subjectiven Verhältnissen, auf die religiöse Natur dieses Wahrheits-Erforschungs-Mittels aufmerksam, und je nach-

---

1) Darauf zeigt Gesterding hin; a. a. O. S. 220.

dem alsdann der Eid geschworen wird, oder nicht, entscheidet er als Jurist. Gesteht der Beklagte da, wo er schwören soll, die abzuschwörende Thatsache, bezieht sich aber dabei auf die Selbstbehauptung, welche er vom Kläger gestanden wünschte, so kann diese Behauptung weder als Gegenstand des angetragenen Eides angesehen werden, noch kann sich der Beklagte dadurch einer ihm aufliegenden Beweispflicht entziehen, daß er den Gegenstand dieses Beweises bei dem Eide erzählt.

Wenn nun aber diese Ansicht eines solchen bedingten Geständnisses richtig ist, so kann uns nichts hindern, die gewöhnlich vorkommenden qualifizirten Geständnisse so zu betrachten. Denn obgleich der Beklagte es vielleicht nicht gerade in die oben gegebene Formel einkleidet, so ist das Resultat dieser Formel doch sein Zweck; und da der Richter dieses allgemein erkennt, so wird in der so eben entwickelten Ansicht die allgemeine Theorie des qualifizirten Geständnisses enthalten seyn.

Es ist unglaublich, welche Irrthümer die Praxis in und mit dieser Lehre begeht. Bald ist es für den Kläger ein wahres Unglück, wenn der Beklagte, statt alles abzuleugnen, ein qualifizirtes Geständniß ablegt. Wenn sich nun der Kläger auch gar nicht auf die qualificatio einläßt, so legt man ihm doch häufig den Gegenbeweis der qualificatio auf, z. B. den Beweis der Unbedingtheit des Eheversprechens, statt daß man das bedingte Geständniß als nicht vorhanden ansehen, und blos den Beweis der zur Begründung der Klage nothwendigen Umstände auflegen sollte. Oft ist es weit leichter, die Klage, als das Nichtseyn eines speciellen Umstandes, zu erweisen [2]). Bald können umgekehrt dem Beklagten die bündigsten Protestationen, „daß er das Klagfaktum nur unter dem Beding gestehe, wenn der Kläger auch den Thatumstand, daß u. s. w., als erwiesen bttrachten wolle, und daß er ohne diese Beistimmung des Klägers läugne", nichts helfen; unter allen seinen Bedingungen und Protestationen wird das Geständniß herausgewühlt, und ihm der Beweis der qualificatio sogleich aufgegeben, wo er doch offenbar ein Recht hätte, den Beweis der auf den Fall der Nichtannahme seiner Bedingung ganz geläugneten Klage zu erwarten.

---

2) Wie eben in den Fällen, wo der Beklagte behauptet: „mehrere Gegenstände, als der Kläger angegeben hat, für den Kaufspreis gekauft zu haben", in welchem Falle auch Gesterding den Kläger zum Beweise anhält.

Daß man aber vor der Obrigkeit so, wie hier dargestellt worden, transigiren könne, kann bei dem Princip unsers deutschen Prozesses keinem Zweifel unterworfen seyn. Wenn der Beklagte nach L. 9. Dig. de except. 44, 1. in demselben Athem die Schuld leugnen und als bezahlt anführen kann, so kann er sie ja auch wohl bedingt gestehen.

Die Confessio qualificata, eigentlich *conditionata*, ist also weder Einrede, noch litis contestatio negativa, wie Bornemann [3]) sehr richtig bemerkt; obgleich auch er am Ende wieder in den Fehler seiner Vorgänger verfällt, nämlich in den, den Beweis der qualificatio nach allgemeinen Grundsätzen aufzulegen. Nothwendig muß jedes Prozeßvorbringen des Beklagten entweder Ableugnung oder Berichtigung von Klagthatsachen oder Einrede seyn; und es wäre überall thöricht, von der confessio qualificata als einem eigenen Wesen zu reden, wenn sie sich nicht durch ihre Eigenschaft als Transactionsantrag von allen andern Prozeßbehauptungen des Beklagten unterschiede. Eine confessio qualificata kann es z. B. nicht seyn, wenn der Beklagte den Mangel einer nothwendig zur Klage gehörenden Thatsache rügt, z. B. des Abgangs der väterlichen Einwilligung beim Eheversprechen, oder wenn er sich, indem er die Klage theils leugnet, theils gesteht, auf eine ihm zur Seite stehende Rechtsvermuthung gründet; z. B. A* jagt auf seinem Eigenthum, wird von dem B* als Jagdberechtigten deshalb belangt, und erwidert nun: „nur eine Mitjagd als Servitus auf seinen Grundstücken räume er dem Kläger ein, aber keineswegs das Recht, ihn, den Grundeigenthümer, auszuschließen". Da der Eigenthümer das Recht hat, den Boden venandi aucupandive gratia zu betreten [4]), und da bei einer bestellten Dienstbarkeit die Concurrenz des Eigenthümers, sofern solche bei der Benutzung möglich, der Rechtsvermuthung nach nicht ausgeschlossen ist [5]), so ist der Beklagte durch diese Rechtsvermuthung geschützt. In allen diesen Fällen bedarf der Beklagte daher keines Vergleichsantrags, keiner Confessio qualificata.

Gesterding untersucht: ob es den alten Juristen wohl auch Ernst gewesen, den Kläger selbst dasjenige beweisen zu lassen, was der Beklagte in der Confessio qualificata zugestanden habe? Was diese nun immer gedacht haben mögen,

---

3) Ueber die Confessio qualificata im Civilprozeß S. 31. ff.

4) L. 3. pr. §. 1. D. de acquir. rer. domin. (41, 1.)

5) *Thibaut* Syst. des PR. §. 604. lit. f.

wirklich verhält es sich so, daß der Kläger im Fall der Verwerfung der Qualificatio sogar das bedingt zugestandene den Grund seiner Klage nämlich, im Fall der Annahme aber freilich bloß das Gegentheil der Qualificatio, beweisen müsse; dieses eben wegen seiner Annahme — nicht aber nach allgemeinen Beweisgrundsätzen.

Im Falle diese Grundsätze bei sachkundigen Männern Beifall finden, wird es in der vorliegenden Lehre noch viel aufzuräumen geben.

Zusatz
von Gensler.

In dem Augenblick, in welchem ich eine besondere Abhandlung: „über die Einlassung und das qualificirte Geständniß in dem teutschen gemeinen bürgerlichen Proceß“ für die Presse zubereitete, empfienge ich den vorstehenden Aufsatz, und finde mich pflichtig, diese Gedanken des Hrn. Dr. Sommer den meinigen mit der Bemerkung vorausgehen zu lassen: daß jene neue Meinung, welche jedes qualificirte Geständniß durchaus blos als ein bedingtes Darbieten zum Geständniß beurtheilt wissen will, nur ein neuer Beweis ist, wie höchst nöthig es seyn mag, die qualificirten Antworten, wie das positive gemeine Recht will, als schädliche Contrebande so oft zu confiscieren, als sie eine Partei in das gerichtliche Proceßgebiet einschwärzen will. Dahin, daß doch endlich jenes weise Verbot beherziget, berücksichtiget, und durch die neuen Gesetzgebungen stark eingeschärft werden möge, ist vorzüglich meine erwähnte Abhandlung gerichtet; und so wenig nun in dieser jede Ansicht, jedes Einzelne, geprüft werden soll und kann, so wenig will und werde ich dort noch specielle Gründe gegen die, die schlimme Sache noch mehr verschlimmernde, Ansicht des Hrn. Dr. S* einweben, wiewohl schon aus dem Allgemeinen, was ich dort über das bedingte Darbieten zu einem Geständniß, in Bezug auf Sibeth, hierinnen mit diesem einstimmig, bereits bemerkte, so wie aus dem ganzen Gang meiner Entwickelung, sich ergeben wird, daß ich meines Theils nicht glaube, Hr. Dr. S* habe ein Mittel gefunden, in dieser Lehre den Schutt aufzuräumen. Meinem Erachten nach ist das Hauptprincip des Hrn. Dr. S* grundfalsch und verderblich; wenngleich seine,

als Satz nicht neue, Folgerung auch mir vollkommen richtig schien, daß „nämlich im Fall eines von dem Beklagten qualifizirt erfolgten Geständnisses — darf und soll dieses dem Beweisinterlocut, oder der Frage: was ist zu beweisen? zum Grund gelegt werden — das Beweisthem des Klägers rechtlich nichts anders seyn kann, als dessen eigene reine Behauptung, d. h. nur die in solcher enthaltenen wesentlichen Thatsachen“. Gerade dieses suchte auch ich vorzüglich zu zeigen, so wie ich auch in einigen andern einzelnen Punkten zu gleicher Zeit gleichmäßig mit Hrn. Dr. S* dachte [6]), und nach dem ganzen Zusammenhang meiner Abhandlung nicht anders denken konnte, ohne inconsequent zu seyn. Nur das sey hier (als dort nur kurz angedeutet,) noch gedacht, daß ein bedingtes Darbieten zum Geständniß [7]) unter den processualischen Begriff einer Antwort gar nicht gehört, sondern nur als Vergleichs-Versuch sich ansehen läßt, der, wenn er mißlingt, dann erst die Antwort als gesetzlich nothwendig nach sich zieht, so daß dort, wenn der Kläger des Beklagten Darbieten zur gütlichen Vereinbarung nicht annimmt, von einer Beweislast die Rede noch gar nicht seyn kann, sondern der Beklagte vorerst antworten muß. Da ist nun ein qualificirtes Geständniß (ganz verschieden von dem bedingten Darbieten zum Geständniß) denkbar [8]), will man nicht anerkennen, daß die Gesetze auch eine solche Einlassung verbieten; aber eine unselige Thorheit wäre es, dem Beklagten sogar zu erlauben, jenes Darbieten (S. Note 7) nochmals als Antwort zu wiederholen. So weit hat die

---

6) Z. B. wegen der Eideсdelation; wiewohl, da hierbei Hr. Dr. S* von einer andern Voraussetzung ausgeht, als ich in Hinsicht auf Gesterdings Probeversuch B. 2. S. 217. ff. d. Arch., auch mein Resultat noch andere Seiten und Folgen darstellt.

7) Z. B. der Beklagte erklärte sich an der Stelle der Antwort auf die Thatsachen der Klage so: Wenn der Kläger einräumen will, daß ich alles, was ich ihm schuldig sey, nach einem Vertrag unter uns, erst dann zahlen solle, wann mein Oheim X*. zu Ph*. gestorben seyn, und mir wenigstens 20000 fl. als Erben oder Legator hinterlassen würde, so will ich ihm den Empfang der geklagten 500 fl. als Darlehn eingestehen.

8) Z. B. (mit Rücksicht auf die vorhergehende Note) der Beklagte antwortet nunmehr so: „ich gestehe, daß ich von dem Kläger das geklagte Darlehn von 500 fl unter der Bedingung empfangen habe, daß ich nicht eher schuldig seyn solle, es zurück zu zahlen, als wann mein Oheim X*. zu Ph*. verstorben seyn, und mir wenigstens 20000 fl. als Erben oder Legator hinterlassen haben würde.“

schlechteste Praxis der armseligsten Richter und Advokaten sich noch nicht verirrt, und der teutschen Gesetzgebung wäre sie eine grobe elende Ignoranz, ein vernunftwidriger Gräuel und Abscheu, weil ein solches Verfahren die Justizpflege eines cultivirten Volkes schändet, und das Gemeinwohl beeinträchtiget. Wenn sich der Kläger jenem Darbieten des Beklagten fügen und hingeben will, ja, dann hat er allerdings einen Vergleich mit dem Beklagten geschlossen, welchen der Richter nicht verhindern kann, sondern selbst dann als eine freie Dispositions-Handlung [9]) der Parteien anerkennen muß, wenn auf jenem Weg das Beweisthem vertragsweise festgesetzt würde [10]). Will aber der Kläger den dargebotenen Vergleich nicht annehmen, so kann und soll er eigentlich den Beklagten erst zur Antwort, d. h. zur bestimmten Erklärung über das Seyn oder Nichtseyn der in der Klage behaupteten Thatsachen, nöthigen, damit sich die factische Streitfrage feststelle, ehe der Prozeß in die Beweisinstanz tritt [11]). Denn dem Staat, der Rechtspflege selbst, ist daran sehr viel gelegen, daß die Beweisinstanz sich möglichst verenge. Im Fall jedoch der Kläger den Grund seiner Klage durch obiges Vergleichs-Anerbieten des Beklagten für gänzlich verneint ansehen, und ohne weiteres die Beweislast über sich nehmen will — erlaubt ihm dieses das Gesetz wenigstens in Hinsicht auf Urkunden [12]) und Eidesdelation [13]), — nun dann ist gewiß vollkommen wahr: er hat nur seinen factischen Klaggrund zu beweisen, d. h. nur die eigenen Thatsachen seiner Klage, aus deren Wahrheit das Klaggesuch rechtlich folgt, keineswegs aber die Nichtwahrheit derjenigen Behauptung des Beklagten, mit deren Gegengeständniß von Seiten des Klägers er, der darbietende Beklagte, von dem Kläger für das diesem gleichsam verkäuflich angebotene Eingeständniß sich bezahlen lassen wollte.

---

9) Martin, in dem Lehrb. des gem. teutschen bürgerl. Processes. §. 100.

10) Archiv für die civilist. Praxis. Bd. I. Abh. 21. §. 16. S. 278.

11) Archiv, a. a. O. Abh. 3. §. 7. S. 46. 48.

12) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 35. Martin a. a. O. §. 137. Antretung eines Zeugenbeweises, ehe der Beklagte geantwortet hat, (d. h. nach der Vorschrift des R. Absch. v. 1654. §. 37.) darf der Richter nur in Nothfällen zulassen. Cap. 5. X. ut lite non contestata.

13) Geschieht der Eidesantrag in der Klage, so hat solches gerade den Sinn und Zweck: der Beklagte solle speciell antworten, und über die Thatsachen, welche er bei dieser Antwort verneinen werde, den Schiedseid schwören u. s. w.

(S. Note 7). Uebrigens ist es, Gottlob! unwahr, daß nach der Verhandlungs-Maxime der Richter ein Ball, oder eine Drahtpuppe, der Parteien sey. Eben weil er hier solche Thatsachen, welche von den Parteien in den Acten als Quelle ihrer Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nicht angedeutet wurden, weder suppliren noch erforschen darf, jedoch das Rechtsresultat der zu jenem Zweck vorgetragenen Thatsachen finden und aussprechen soll, eben deshalb ist ihm das heilige, überall rege, Pflichtrecht gegeben, für die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Klarheit, der vorgetragenen Thatsachen, aus deren Wahrheit die Parteien gegenseitig Rechte und Verbindlichkeiten ableiten, von Amtswegen ernste Sorge zu tragen [14]), und insonderheit durch das Gebot der Antwort, einer bessern Antwort, durch Fragen an die antwortende Partei u. s. w. [15]), voran die factischen Streitfragen festzustellen [16]), damit erhelle, „ob noch etwas zu beweisen sey, und welche Thatsachen noch einer Beweisführung bedürfen" [17]). Darum braucht der Richter, kennt dieser die Gesetze und sich selbst in jener Eigenschaft, jenen Darbietungs-Unfug noch weniger für eine Antwort anzunehmen, als eine unreine Antwort, d. h. ein qualificirtes Klumpengeständniß. Die Ordnungs-Grundregeln des Processes sind ein Theil des öffentlichen Rechtes, und in soweit kein Gegenstand der Privat-Willkühr [18]).

Es ist doch wirklich mehr als sonderbar, wenn ein ganzer Haufe kluger Rathsherren — Sagi Barones et Rathimburgi — sich quälen, martern, und gar hochweise streiten, wie man wohl den feindlichen Plagegeist am bequemsten einquartiren könne, welchen eine, in dem Weisthum des Gaues ausdrücklich gebotene und vorgemahlte ernste Mine des Gaugrafen sogleich zu vertreiben vermag!

---

14) M. Handb. zu Martins Lehrb. des teutschen bürgerl. Processes. Thl. 1. Abh. III. §. h. S. 65. f.

15) Martin, in dem Lehrbuche des teutschen bürgerl. Processes. §. 122.

16) M. Beitrag zu der Gesetzgebung u. s. w. Heidelb. 1818. S. 40. nr. 1. Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 3. Abh. 19. S. 306. Not. 7. u. 9.

17) Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 1. Abh. 3. §. 7.

18) M. Handb. zu Martins Lehrb. des teutschen gem. bürgerl. Processes. Thl. 1. Abh. 2.